

DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO COMO FATOR IMPEDITIVO À INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO E DO POSTERIOR AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

I. – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Órgão do Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, e incumbe-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, de conformidade com o que vem estatuído no artigo 127, da Constituição Federal.

A autonomia e independência dos Membros integrantes do Órgão do Ministério Público são prerrogativas da própria sociedade, em decorrência de que elas foram estabelecidas para que o respectivo Órgão ministerial não se submetesse às influências externas.

Por essa razão, lúgubre seria uma sociedade que não tivesse no Órgão do Ministério Público um dos guardiões da legalidade pública.

E coube ao inciso III, do artigo 129, da CF atribuir ao Órgão do Ministério Público a competência para promover o inquérito civil público e ação civil pública, objetivando a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

O inquérito civil e a ação civil pública foram instituídos pela Lei nº 7.347/85, com a finalidade de promover a responsabilização de agentes públicos e de particulares por danos causados ao meio ambiente; ao consumidor; a bens e direitos de valor artístico; estético; histórico; turístico, paisagístico e ao patrimônio público.

Contudo, a relevante atuação dos Membros integrantes do Órgão do Ministério Público perante o nosso ordenamento jurídico, possui condicionantes legais, estabelecidas justamente para que não ocorra desvios ou excessos da aludida competência funcional dos representantes do *parquet*.

Isso porque, como fiscal da Lei, o Órgão do Ministério Público obrigatoriamente se submete a ela para legitimar a prática de seus atos.

Mesmo o Constituinte moderno tendo lhe outorgado uma titularidade genérica para promover medidas necessárias à proteção da vigência e da eficácia da Constituição, essa permanente vigilância possui no ordenamento jurídico as suas condicionantes.

Isso porque, nenhum Órgão ou Poder pode estar acima da lei, inclusive em termos de competência, decisões e prática de atos de qualquer espécie.

Dessa forma, para que se tornem atos legítimos perante nosso ordenamento jurídico, os Membros integrantes do Órgão do Ministério Público devem agir dentro das limitações legais, extensíveis a todos os demais Órgãos, Poderes e partes de um processo, estabelecidos pela Constituição Federal e pela Lei infraconstitucional, criados para disciplinar seus atos, em proeminência da segurança jurídica que permeia nosso Estado Democrático de Direito.

Uma dessas limitações legais, previstas pelo ordenamento jurídico é o instituto da prescrição, que opera-se em decorrência do decurso do lapso temporal, afetando, portanto, o ato jurídico pelo tempo. Sendo que a prescrição trata-se de um efeito que o transcurso do tempo produz no que diz respeito aos direitos subjetivos, em relação a sua eficácia e exigibilidade..

A estabilidade das relações jurídicas trata-se de uma necessidade absoluta e preocupação real de todos os cidadãos, máxime quando diz respeito a vinculações com o Poder Público. Não é salutar para o ordenamento jurídico que nas relações pessoais, entre si ou com o Estado, não vigore o princípio da segurança jurídica, capaz de proteger o passado, pelo decurso do tempo.

Abaladiça seria a situação jurídica do ser humano que não pudesse ter no tempo já transcorrido a segurança de que seus atos, certos ou errados, após o transcurso do prazo prescricional, estarão estabilizados.

O decurso dos prazos previstos pelo ordenamento legal vigente extingue determinada pretensão, em decorrência do seu não exercício no lapso temporal previsto em Lei.

Segundo orientação de Câmara Leal,¹ o prazo de prescrição ocorre quando presentes os seguintes requisitos: “a) uma ação ajuizável; b) a inércia do titular; c) o tempo e; d) extinção das ações por negligência do seu titular.”

O instituto da prescrição, em qualquer área do direito é matéria de ordem pública, estabilizando as relações jurídicas, independentemente do direito em que se funda a pretensão aduzida.

Essa garantia estabelecida pela ordem jurídica possui como fundamento proporcional a segurança e a paz social, tendo em conta que exceto os direitos inalienáveis e imperecíveis por sua própria natureza – exemplo: direitos da personalidade ou da cidadania – a regra geral estabelece um limite temporal para o exercício de determinado direito não como punição pela inércia do seu titular, mas como necessidade de evitar-se a perpetuidade de litígios.

¹ LEAL, Antônio Luiz Câmara. *Da Prescrição e da Decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 12.

Nosso posicionamento é no sentido de que: “o tempo funciona como senhor da razão, cicatrizando chagas de injustiças, ou curando atos delituosos, que passam por um período de maturação até que se tornem inatingíveis.”²

Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira³ deixou assente que “a prescritibilidade é a regra e a imprescritibilidade a exceção”, destacando a imprescritibilidade “como imoral e atentatória à estabilidade das relações sociais.”

Em sendo assim, vige também para o Órgão do Ministério Público o sistema jurídico de prazos prescritíveis, em decorrência do que, sua atuação deve ser balizada pela tempestividade da prática dos atos de sua competência.

Portanto, a legitimação ativa ou extraordinária outorgada pela Lei para legalizar a atuação do Órgão do Ministério Público está submetida a prazos prescricionais, previamente estabelecidos em Lei, de forma a preservar o transcurso do tempo como estruturante da segurança jurídica dos cidadãos.

Por essa razão, analisamos nessa oportunidade a perda da legitimidade ordinária e extraordinária do Órgão do Ministério Público quando é extrapolado o prazo legalmente estabelecido pela Lei como limite para a persecução do Estado, e mesmo assim, já prescrito determinado direito, Membros integrantes do referido Órgão, em algumas situações, têm insistido, de forma ilegal, em manter tramitando inquérito civil público, o que não trará resultado útil, em face da perda de prazo para ingressar com a posterior ação contra o investigado.

O tema é de grande relevância, contudo pouco explorado pelos doutrinadores, que não questionam justamente o exaurimento do prazo do direito de investigar, quando já operada a prescrição. Como o resultado da investigação será inútil, em face da impossibilidade do ajuizamento de uma futura ação judicial (ação civil pública ou de improbidade administrativa), por que manter em tramitação o inquérito civil público?

Nessas circunstâncias, não há como manter-se em andamento uma investigação, às custas do erário, sem que haja o seu devido desdobramento judicial.

Além do desperdício de tempo e do dispêndio de recursos, a tramitação do inquérito civil público se transformará em um meio ilegal de investigação, em virtude da ausência de desdobramentos futuros contra o agente público ou particular investigado.

Não se defende o cerceamento do poder investigatório do Órgão do Ministério Público, mas sim a violação do direito da intimidade dos cidadãos, pois ausente uma justa causa futura.

² MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Lei nº 8.112/90 Interpretada e Comentada : Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos da União*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 818.

³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. 1, p. 477.

De que adianta a manutenção de uma investigação, através do inquérito civil público, se a prescrição que operou-se não permitirá o futuro ajuizamento, v.g., de uma ação civil pública, de improbidade administrativa ou de ressarcimento ao erário.

Observando-se que, em um primeiro momento, pode parecer imprescindível o ingresso em Juízo com a ação de ressarcimento ao erário por parte dos Membros integrantes do Órgão do Ministério Público; entretanto o mesmo não é o seu titular, em decorrência de que, originalmente, a pessoa jurídica de direito público lesada é a detentora do direito subjetivo de invocar a referida tutela jurisdicional.

II. DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO COMO FATOR IMPEDITIVO À INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO

Para averiguar a prática de qualquer fato ilícito previsto na Lei nº 8.429/92, ao representante do Órgão do Ministério Público, face sua competência funcional, é permitido de ofício, através de inquérito civil público, investigar a conduta delituosa do agente público.

Contudo, uma vez instaurado o inquérito civil público, deve ser observado em seu trâmite todas as disposições legais cabíveis, inclusive em termos processuais, porquanto o representante do *parquet* que conduz o referido inquérito não está acima da Lei, e em assim sendo, não possui autorização para violá-la. Tal observância necessariamente deve ocorrer, justamente porque, atuam os Membros integrantes do Órgão em questão como guardiães da legalidade, perante toda a sociedade.

Dessa forma, o inquérito civil público, para a sua instauração, deve sempre ser precedido de uma justa causa em decorrência de que submete-se ao princípio da legalidade, como fundamento de sua validade. Havendo motivo justo e relevante, devidamente comprovado, estará apto o Membro integrante do Órgão do Ministério Público para proceder a investigação da prática de um fato ilícito através do referido inquérito.

Sucedo que, apesar da absoluta exigência da demonstração e comprovação de uma justa causa para iniciar-se a investigação conduzida pelo representante do *parquet*, ela não poderá retroagir para abranger fatos ilícitos praticados pelo investigado no período em que já operou-se a prescrição (artigo 23, incisos I e II, da Lei nº 8.429/92).

Em sendo assim, na hipótese de término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança, o prazo prescricional é de 05 (cinco) anos. Essa situação jurídica é regulada pelo disposto no inciso I, do artigo 23, da Lei nº 8.429/92, no qual encontra-se previsto o *dies a quo* da fluência do prazo prescricional, que ocorre com o término da última função de confiança, de cargo em comissão ou mandato exercido pelo agente público investigado.

Por outro lado, em razão da disposição contida na regra especial que refere-se ao instituto da prescrição prevista no inciso II, do artigo 23, da Lei nº 8.429/92, e dentro do

prazo prescricional determinado por Lei especial aplicável para as infrações disciplinares puníveis com a imposição de pena de demissão, é que estará legitimado o representante do *parquet* para promover investigações e apurações por intermédio de inquérito civil público ou até ajuizar entre outras, ações de improbidade administrativa.

Por conseguinte, após o decurso dos respectivos prazos legais, e em operando-se a prescrição, perde o Membro integrante do Órgão do Ministério Público sua legitimação extraordinária para investigar o agente público que porventura tenha praticado um fato ilícito, quer por intermédio da instauração do inquérito civil público, quer pelo próprio ajuizamento de ação civil pública.

Conseqüentemente, a Portaria exarada pelo Órgão do Ministério Público no sentido de efetuar-se a apuração de fato ilícito certo e determinado praticado por agente público, sujeita-se aos prazos prescricionais previstos em Lei, justamente para garantir a segurança jurídica de todos os cidadãos. Portanto, decorrido o prazo legal e, por conseguinte, operando-se a prescrição, caso não tenha sido proposta a ação judicial competente, não mais poderá ser promovida.

Estando prescrito o fato ilícito praticado pelo agente público e previsto em Lei, a propositura da respectiva ação de improbidade administrativa perante o Poder Judiciário, implica diretamente em que a continuação da tramitação do inquérito civil público se torna abusiva e ilegal.⁴

Afronta a própria regra da eficiência a manutenção de uma investigação interna (administrativa) levada a efeito por Membros integrantes do Órgão do Ministério Público, quando o próprio direito material se encontra prescrito.

Operando-se a prescrição do direito material em que se funda a investigação levada a efeito por representantes do *parquet*, inexistente processualidade prevista em Lei para a manutenção da tramitação do inquérito civil público.

Isso porque, os Membros integrantes do Órgão do Ministério Público promovem corriqueiramente a instauração e a tramitação de inquérito civil público para colher elementos que possam embasar uma possível e posterior ação civil pública. Entretanto, se o direito material em que se funda a futura ação a ser intentada em Juízo se encontra prescrito, qual será a utilidade da manutenção em trâmite do inquérito civil público?

⁴ “1. Mandado de Segurança. 2. Inquérito Civil instaurado por órgão do Ministério Público, para apuração de responsabilidade de ex-Secretário de Estado, visando ação de improbidade administrativa, por fato perfeitamente definido e conhecido. 3. O Inquérito Civil é facultativo, e não obrigatório, podendo a ação judicial ter início com ou sem ele. 4. Já estando prescrita a própria ação, inoportuna e desnecessária se mostra a continuidade do inquérito, uma vez que, ou a ação foi iniciada, não havendo notícia a propósito nos autos, ou não mais poderá sê-lo, face à prescrição já evidenciada. 5. Ordem concedida.” (TJ/RJ. Rel. Des. Mário dos Santos Paulo, Ms nº 2003.004.01648, 4ª C.C., julgado em 10 de jul. 2007).

Não haverá nenhuma utilidade, em decorrência de que operando-se a prescrição ocorre a estabilização das relações intersubjetivas das partes, tornando-se imutáveis e irreversíveis aquelas que são produzidas no curso dos anos e que não foram revistas ou atacadas no prazo legal.⁵

Apesar do entendimento dos Legisladores, doutrinadores e jurisprudencial no sentido de que é imprescritível o direito material em que se funda a ação de ressarcimento ao erário em decorrência de eventual prática de ato ilícito por parte de agente público (art. 37, § 5º, da CF), o representante do *parquet* não possui legitimidade ativa para investigar a referida infração e ingressar com a respectiva ação, pois somente a pessoa jurídica de direito público lesada é que está legitimada para ajuizar a competente ação de ressarcimento em face do prejuízo que lhe foi causado.

A pessoa jurídica de direito público terá, privativamente, o direito de ingressar em juízo postulando o ressarcimento, consistente no pagamento ou na reversão de bens, conforme o caso, tendo em vista o prejuízo sofrido (dano) com a prática do fato ilícito pelo agente público (art. 18, da Lei nº 8.429/92).

A competência dos Membros integrantes do Órgão do Ministério Público é *extraordinária*, e deverá ser exercida no prazo legal, pois, após o decurso do referido prazo, já não mais poderão promover medidas judiciais, cabendo ao ente de direito público lesado, através da via própria, que não será a ação de improbidade administrativa, ingressar em Juízo com o pedido de ressarcimento pelos danos sofridos.

Muito embora o direito dos Membros integrantes do Órgão do Ministério Público de investigarem e ingressarem em Juízo com ações seja considerado um direito público subjetivo autônomo e abstrato, incumbindo-lhes de igual forma, a defesa e proteção da ordem jurídica, entre outras, sendo que a Lei estabelece as condições necessárias ao exercício do referido direito, como forma de evitar a prática de abusos e violações de disposições contidas nos textos legais, *v.g.*, a propositura de ações genéricas ou inúteis, nas quais o pedido, desde seu início, já está contaminado pela insubsistência.

Como conseqüência do aduzido, operando-se a consumação da prescrição, ocorre o impedimento absoluto do prosseguimento do inquérito civil público, e apesar da Lei nº 7.347/85, que disciplina a Ação Civil Pública, não estabelecer expressamente em seu texto nenhum dispositivo sobre o instituto da prescrição, aplica-se analogicamente a regra constante do Decreto nº 20.910/32, ou, de igual forma, por guardar estrita similitude com a

⁵ Semelhante entendimento possui o mestre SILVIO RODRIGUES, que com grande propriedade sobre o tema aduz: “Mister que as relações jurídicas se consolidem no tempo. Há um interesse social em que situações de fato que o tempo consagrou adquiram juridicidade, para que sobre a comunidade não paire, indefinidamente, a ameaça de desequilíbrio representada pela demanda. Que esta *seja proposta enquanto os contendores contam com elementos de defesa*, pois é do interesse da ordem e da paz social liquidar o passado e evitar litígios sobre atos *cujos títulos se perderam e cuja lembrança se foi.*” –[Itálico nosso]- (RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 327).

ação popular a Lei nº 4.177/65, que dispõe em seu artigo 21, o prazo prescricional de 05 (cinco) anos para o ingresso da referida ação.

Corroborando o aduzido, enfatiza a Desembargadora Letícia Sardas, em suas oportunas, brilhantes e bem lançadas colocações, *verbis*:⁶ “O brilhante advogado Mauro Roberto Gomes de Mattos, em sua obra intitulada “O Limite da Improbidade Administrativa”, publicada pela Editora América Jurídica, 3ª edição, 2006, na qual comenta os artigos da Lei nº 8.429/92, exaure com brilhantismo as questões atinentes à prescrição quinquenal para o agente público ao comentar o art. 23 da referida norma. Relata aquele advogado, op. cit. p. 800, que, após o julgamento do RESP nº 136.204-RS pelo STJ, no âmbito federal foi promulgada a Lei nº 9.784/99 que teria pacificado em seu art. 54, o contido no Decreto 20.910/32 e no art. 22, I, da Lei 8.429/92, tendo em vista que fixa em 5 (cinco) anos o direito de a Administração anular seus atos, contados da data em que foram praticados. A propósito, é bom ressaltar que no âmbito estadual temos a Lei nº 3.870/02 que também fixou o prazo de cinco anos para a Administração anular os seus atos. No que pertine ao prazo prescricional das ações contra a Administração Pública, aplica-se o disposto no art. 1º do Decreto nº 20.910/32 que estabelece: ‘Art. 1º - As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.’ E vice-versa, por força da aplicação do princípio da igualdade, norma contida no *caput* do art. 5.º da CRFB/88, a consumação do lapso prescricional é endereçada tanto ao ente público como também para o administrado. Portanto, dúvidas não existem quanto à prescrição quinquenal do ato administrativo, devendo a Administração Pública, no lapso prescricional, respeitar as situações consolidadas pelo transcurso dos anos, sendo plenamente aplicável às ações de improbidade administrativa o disposto no inciso I do art. 23 da Lei 8.429/92. Desta forma, verifica-se que as ações de improbidade administrativa, segundo o inciso I do art. 23, só podem ser exercidas até cinco anos após o término do exercício de mandato.”

De conseqüência, ocorrendo o decurso do prazo legal e operando-se a prescrição do direito material em que se funda a ação, não há como ter prosseguimento a investigação que está sendo levada a efeito através do inquérito civil público.

A investigação se tornará abusiva e ilegítima, em face do princípio de que ninguém poderá ter a sua intimidade violada, sem uma causa legítima.

III. - DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DIRECIONADA PARA O AGENTE PÚBLICO

O artigo 23 da Lei de Improbidade Administrativa, em observância ao princípio da prescribibilidade, determina o prazo máximo para a imposição das sanções nele previstas.

⁶ TJ/RJ. Rel. Des. Letícia Sardas, AI nº 2007.002.08310, 20ª C.C., julgado em 17 de out. 2007.

Em sentido legal, pode-se afirmar que a prescrição exprime o modo pelo qual o direito se extingue, em vista do não-exercício dele por certo lapso de tempo.⁷

Assim, a inércia em relação a determinado direito material, dentro de um prazo assinalado em Lei, possui, em determinados casos, o condão de aniquilar situações lesivas ao interesse de outrem.

Por igual, pelo instituto da preclusão opera-se a extinção ou consumação de uma faculdade legal, em decorrência de uma omissão ou do simples transcurso do prazo que não foi cumprido.

A preclusão é, conseqüentemente, um fato jurídico secundário, pois não extingue nem impede o exercício do direito, mas somente de uma determinada faculdade processual.⁸

Vale dizer que a preclusão funciona como uma conseqüência da prescrição que seria, sem sombra de dúvida, o fato jurídico extintivo do exercício de um determinado direito, sendo certo que os fatos jurídicos extintivos são os que possuem a eficácia de fazer cessar a relação jurídica.

Em síntese, o instituto da prescrição funcionaria como sendo o principal, e a preclusão como acessório.

A diferença doutrinária e processual do instituto da preclusão em relação ao da prescrição vem do direito processual civil, que é disciplinado por prazos legais e fatais, a fim de que se prestigie a celeridade da prestação jurisdicional, em que a perda de determinada faculdade processual extingue aquela etapa (preclusão) e não o direito material invocado pelas partes, que somente seria aniquilado, na presente hipótese, pela ocorrência da prescrição.

Efetuada essa diferenciação entre a conceituação dos institutos da prescrição e da preclusão, surge a necessidade de adentrar no tema sob o âmbito do direito administrativo, que é composto por um universo de leis que ensejam os mais variados procedimentos e processos administrativos, em que alguns comandos legais expressamente dispõem sobre os prazos prescricionais, e outros silenciam quanto à fluência dos mesmos.

Por certo que não se pode abstrair a regra a prescritibilidade quando o Poder Público se confronta com o interesse jurídico do agente público ou administrado.

⁷ DE PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário jurídico*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 634.

⁸ “Direito público não especificado. Improbidade administrativa. Medida de afastamento dos servidores reiterada pelo Magistrado *a quo*. Decisão que não foi objeto de insurgência dos ora agravantes. Pedido de reconsideração que não é suficiente para reabrir o prazo. Preclusão consumada. Agravo não-conhecido.” (TJ/RS. Rel. Des. Nelson Antonio Monteiro Roberto, 3ª C.C., AI nº 70006764898, julgado em 8 de set. 2003).

Para regular a desigual situação jurídica, a regra inerente a prescrição e a preclusão aplica-se de maneira diversa, dependendo de cada situação concreta, cabendo ressaltar que o objetivo dessas regras reside na necessidade da estabilidade das relações jurídicas.⁹

Em abono ao que foi aduzido, o ex-Consultor Geral da República, Rafael Mayer,¹⁰ teve a oportunidade de destacar que “a prescrição tem por base o interesse social pela estabilidade das relações jurídicas.”

Diante do fato de que o Direito Administrativo não possui codificação própria, o operador do referido direito e seu intérprete possuem a obrigação de consultar qual é a norma legal aplicável, entre as inúmeras existentes, para cada caso concreto.

No que pertine ao prazo prescricional das ações e direitos reivindicados contra a Administração Pública, e vice-versa, ainda vige o Decreto nº 20.910/32, que regula a prescrição quinquenal, dispondo em seu artigo inaugural que “as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em 5 anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem.” Sendo que o artigo 2º do citado decreto determina que: “Prescrevem igualmente no mesmo prazo todo o direito e as prestações correspondentes a pensões vencidas ou por vencerem, ao meio soldo e ao montepio civil e militar ou a quaisquer restituições ou diferenças.”

Sucede que o prazo prescricional previsto no referido Decreto não possui como finalidade apenas regular o ingresso de ações por parte dos interessados contra o Poder Público, funcionando também como obstáculo a revogabilidade dos atos administrativos estáveis pelo transcurso dos anos.

Esse raciocínio lógico depreende-se do próprio texto legal do Decreto nº 20.910/32, em decorrência de que o seu artigo 2º, observando o disposto no artigo 1º, prevê o prazo prescricional de 05 (cinco) anos para o exercício de “todo o direito”, sem exceção. Levando o intérprete a concluir que pela dicção do princípio da igualdade, norma assente no *caput* do artigo 5º, da CF, a consumação do lapso prescricional é direcionada tanto para o ente de direito público como também para o administrado.

Pensar de modo diverso seria o mesmo que desprezar os preceitos e objetivos do Estado Democrático de Direito, ao qual se refere a Constituição da República Federativa do Brasil. Portanto, o ente de direito público possui, como regra legal, a faculdade de rever seus atos administrativos dentro de 05 (cinco) anos, sob pena de, não o fazendo nesse aprazamento legal, operar-se a prescrição do direito de autotutela.

⁹ Sobre o que foi afirmado, Clóvis Beviláqua já deixara consignado assaz de tempo: “A prescrição é uma regra de ordem, de harmonia e de paz imposta pela necessidade de certeza nas relações jurídicas.” (In: *Tratado Geral do Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 310).

¹⁰ In: *RDA* 118/384.

Ratificando o aduzido, nada melhor do que se ater ao teor do julgado do Col. STJ, sob a relatoria do ilustre Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, registrando nos anais daquela Corte que a prescrição do ato administrativo afeta tanto o direito do administrado como e, sobretudo, da Administração, *verbis*: “REsp. Administrativo. Prescrição. A prescrição afeta o direito de o credor exigir parcelas do direito ao devedor, a decadência atinge o próprio direito. A prescrição pode ser argüida tanto pela Pública Administração, como pelo servidor. Além do princípio da igualdade, o instituto visa a resguardar, com a seqüência do tempo, a estabilidade das situações jurídicas. Conta-se tempo igual para ambos.”¹¹

Após ter sido proferido o julgado acima citado, foi promulgada a Lei nº 9.784, de 29.01.99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, pacificando em seu artigo 54, o contido no Decreto nº 20.910/32 e *a posteriori*, no art. 22, I, da Lei nº 8.429/92, fixando em 05 (cinco) anos o direito de a Administração anular seus atos, contados da data em que foram praticados: “Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em 5 anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. (...) § 2º. Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.”

Nesse sentido, a prescrição administrativa estabiliza as relações intersubjetivas das partes, tornando irreversíveis e intocáveis aquelas que são produzidas no curso dos anos e que não foram revistas, impugnadas ou questionadas tempestivamente.

Sobre o *thema*, o saudoso administrativista lusitano, Marcello Caetano, deixou consignado que a prescrição administrativa cura o ato que possa ser considerado no futuro como ilegal: “O ato doente cura-se com o decurso do tempo, e isso se dá porque o legislador pensa que a ilegalidade cometida não é tão grave que deva sobrepor-se ao interesse de pôr termo à insegurança dos direitos. Aos interessados, incluindo os representantes do interesse público, é facultada a anulação do ato; *mas se não usarem oportunamente dessa faculdade, o interesse geral impõe que não fique indefinidamente a pesar sobre este ato a ameaça de anulação.*”¹² –[Itálico nosso]–

Em abono ao que foi aduzido, abram-se parênteses para transcrever-se o voto condutor do então eminente Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro no citado REsp nº 136.204-RS /97.0041207-5, *verbis*: “Na vida social, importa que não se eternize o estado de incerteza e de luta quanto aos direitos das pessoas; por isso, consolida-se a situação criada pelo ato nascido, embora com pecado original (...). O Eminentíssimo Professor Helly Lopes Meirelles, na sua conhecida e renomada obra, menciona também que, salvo disposição expressa em contrário, o Estado deverá, para desconstituir uma situação jurídica, manifestar-se no prazo de cinco anos.”

¹¹ STJ. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, REsp nº 136.204-RS/97.0041207-5, 6ª T., julgado em 21 out. 1997.

¹² CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 187.

Citado pelo nobre Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, o saudoso jurista Hely Lopes Meirelles em poucas, porém decisivas palavras, assim define a controvérsia: “A prescrição administrativa opera a preclusão da oportunidade de atuação do Poder Público sobre a matéria sujeita a sua apreciação (...). O instituto da prescrição administrativa encontra justificativa na necessidade de estabilização das relações entre o administrado e a Administração e entre esta e seus servidores. Transcorrido o prazo prescricional, fica a Administração, o administrado ou o servidor impedido de praticar o ato prescrito, sendo inoperante e extemporâneo.”¹³

Portanto, operando-se a prescrição para a Administração rever seus atos no prazo de 05 (cinco) anos, por igual tal instituto atinge o ato administrativo na sua essência.

De igual forma, a Advocacia Geral da União, acatando a regra legal citada, proferiu o Parecer nº GQ-10, de 6 de outubro de 1993:8 “Ato Nulo. Revisão. Prescrição Quinquenal. – A prescrição quinquenal prevista no art. 1º do Decreto n.º 20.910/32 abrange tanto o ato nulo, quanto o anulável. – Revisão do Parecer JCF, de 30 de novembro de 1992, da Consultoria Geral da República.”

Os Tribunais pátrios sedimentaram o entendimento de que os atos administrativos nulos também se inserem ao princípio da prescrição quinquenal: TRF-AC nº 010865/90-DF, *in DJU* de 22 abr. 1991; TRF-AC nº 0200233/89-RJ, *in DJU* de 7 mai. 1991; STF-RE nº 5.559/90-SP, *in DJU* de 19 nov.1990.

Em sendo assim, não restam dúvidas quanto a prescrição quinquenal do ato administrativo, devendo a Administração Pública, operando-se a prescrição, respeitar as situações consolidadas pelo transcurso do referido prazo prescricional.

Nesse diapasão, até mesmo a Súmula nº 473 do STF, que após a promulgação do novo Texto Maior, aos 05.10.88, vem sendo interpretada com temperamentos, pelo fato de permitir que em decorrência da regra do devido processo legal e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), a Administração revogue os seus atos nulos, possui obstáculo nos 05 (cinco) anos legais, contados da data de expedição do ato administrativo hostilizado, conforme disposição legal, posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários.

Em decorrência do aduzido, constata-se que as ações de improbidade administrativa, previstas no bojo da Lei nº 8.429/92, e de conformidade com o disposto no seu artigo 23, I, só podem ser exercidas até 05 (cinco) anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança. Nesse sentido é o teor do REsp nº 457723/SP, do STJ, sob a relatoria da ilustre Ministra Eliana Calmon, *verbis*: “Administrativo e processo civil. Ação civil por ato de improbidade: prescrição. 1. A Lei nº 7.347/85, disciplinadora da ação civil pública, não contém prazo prescricional, diferentemente da Lei nº 8.429/92, que estabelece prescrição quinquenal (art. 23). 2. O termo *a quo* da prescrição para a hipótese de falta de ocupantes de cargos eleitos, em comissão ou em função de

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: RT, 1989, p. 577.

confiança, é o término do exercício de mandato ou afastamento do cargo. 3. Recurso especial improvido.”¹⁴

Com observância das decisões do STJ seguem os seguintes precedentes de outras Colendas Cortes, que acatam e reconhecem a plena eficácia do artigo 23 da LIA: “Agravo de instrumento. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Prescrição quinquenal. Reparação de danos com fulcro no art. 159 do Código Civil de 1916. Legitimidade do Ministério Público. A prescrição quinquenal verificada no caso em tela, pelo decurso do lapso temporal, impede o curso da ação civil pública por improbidade administrativa pela extinção do direito de ação relativa à defesa dos interesses da Fazenda Pública. Impossibilidade de converter a ação civil pública em ação de reparação de danos, com fundamento no artigo 159 do Código Civil de 1916. Ilegitimidade do Ministério Público para postular em juízo pretensão indenizatória de sociedade de economia mista com fundamento no art. 159 do Código Civil de 1916. Extinção do processo decretada. Decisão reformada. Recurso provido.”¹⁵; “Improbidade administrativa. Prescrição. Ocorrência. Sentença confirmada. Em se tratando de improbidade administrativa, a apuração e a punição do ilícito submetem-se a prescrição prevista no art. 23 da Lei nº 8.429/92. Em reexame necessário, confirma-se a sentença.”¹⁶; “Ação cautelar inominada. Indisponibilidade de bens. Improbidade administrativa. Perda do objeto. É de ser extinta pela perda do objeto a ação cautelar contra o Prefeito por força da extinção, pela prescrição, da ação de improbidade. Ação cautelar julgada prejudicada em relação a Classir Luiz Bassani. Autos remetidos ao juízo da 1ª instância.”¹⁷

Expirado o prazo prescricional, resta impossibilitado o ajuizamento da ação de improbidade administrativa, pois o disposto no artigo 23, I, da Lei nº 8.429/92 obstaculiza o ingresso perante o Poder Judiciário de lides extemporaneamente, em virtude da proeminência do interesse público, que objetiva estabilizar as relações jurídicas, a fim de que o tempo não seja o verdugo e sim o elemento de segurança de todos os cidadãos.

A grande incerteza que ocorre por ocasião da interpretação levada a efeito no presente dispositivo legal é quando o intérprete ou o operador do direito confrontam o que vem estatuído no art. 23, I, da Lei nº 8.429/92 com o disposto no § 5º, do art. 37, da CF, que declara como inconstitucional o prazo de prescrição quinquenal, por entender que o Legislador ordinário não poderia limitar algo que é tido como imprescritível pela Constituição Federal.

Ora, o equívoco fica evidenciado quando o autor, ao ingressar com a ação de improbidade administrativa, conjuga a mesma com as de ressarcimentos, estabelecendo a

¹⁴ STJ. Rel. Min. Eliana Calmon, REsp nº 457723/SP, 2ª T., DJ de 25 agos. 2003, p. 282.

¹⁵ TJ/RS. Rel. Des. Paulo de Tarso, AI nº 70006292759, 3ª C.C., julgado em 25 set. 2003.

¹⁶ TJ/MG. Rel. Des. Kildare Carvalho, Reexame necessário, 3ª C.C., DJ de 22 agos. 2003.

¹⁷ TJ/RS. Rel. Des. Maria Isabel de Azevedo Souza, MC nº 70007117401, 22ª C.C., julgado em 21 de out. 2003.

aplicação integral do disposto no § 5º, do art. 37, da CF, *verbis*: “Art. 37. (...) § 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”

O preceito constitucional acima transcrito prevê duas situações distintas: uma, relativa à sanção imposta pela prática de um ato ilícito; outra, relacionada à reparação do prejuízo. Na primeira hipótese, o artigo 23, da Lei de Improbidade Administrativa fixou os prazos prescricionais; na segunda, garantiu-se a imprescritibilidade das ações, medida considerada imprópria, pois a regra é inversa, vigorando em outras situações legais a prescritibilidade, mas, como está previsto na Constituição Federal promulgada em 1988, não há que se infirmar o transcurso do tempo como uma pseudo barreira para ressarcir ao erário os valores que lhe foram retirados.

Essa prerrogativa de jurisdição por parte do Poder Público deve ser eficiente e célere, visto que o fator temporal possui o condão de estabilizar as situações jurídicas, até aquelas que tenham sido praticadas com algum vício de legalidade ou de forma.

Por outro lado, no caso das ações de ressarcimento ao erário, consideradas pelo artigo 37, § 5º, da CF, como imprescritíveis não se pode deixar de observar que mesmo elas não se vinculando ao lapso do tempo, o Órgão do Ministério Público por possuir a legitimação extraordinária terá a contagem de prazo para exercer o seu *munus* público nos 05 (cinco) anos previstos em Lei. Após o decurso desse prazo, somente o ente de direito público lesado é que terá a legitimidade ativa, em tese, para ingressar perante o Poder Judiciário, reivindicando que retorne ao erário o que lhe foi retirado de maneira ilegal e imoral.

Portanto, a legitimidade extraordinária do Órgão do Ministério Público para ingressar tanto com a ação de improbidade administrativa, quanto com a ação de ressarcimento ao erário vincula-se ao fator do tempo.

Isso porque, apesar da Lei nº 7.347/85, que disciplina a ação civil pública não conter em seu texto dispositivo expresso versando sobre o instituto da prescrição ou o seu *dies a quo*, deve ser aplicada analogicamente a regra constante do Decreto nº 20.910/32, ou, por guardar estrita similitude com a ação popular, as disposições contidas na Lei nº 4.717/65 que a regula, e prevê em seu artigo 21, o prazo prescricional de 05 (cinco) anos.¹⁸

¹⁸ “Prescrição. Ação Civil Pública. Ministério Público Estadual. EDIS. Devolução de diferenças de vencimentos além do devido. Prescrição Quinquenal. Existência. Se as eventuais irregularidades teriam ocorrido no ano de 1990 e a ação civil pública somente foi proposta em 1998, já se havia consumado, portanto, o prazo prescricional. *Na falta de dispositivo expresso na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública. Aplicação analógica e subsidiariamente, por guardar estrita similitude com a ação popular, a Lei nº 4.717/65, que, em seu art. 21, estabelece o prazo prescricional de 5 (cinco) anos. Recurso do autor desprovido.*” –[Itálico nosso]- (TJ/SP. Rel. Des. Xavier Aquino, AC nº 164.059-5, 5ª Câmara de Direito Público, julgado em 21 de jun. 2001).

Não resta dúvida que a propositura da ação civil pública por parte do Órgão do Ministério Público deve observar requisitos legais, entre os quais os denominados como condições de procedibilidade.

Uma delas é a da prescritibilidade, que não obstante haver exceção, trata-se de regra geral.

Entender a regra constitucional inserta no § 5º, do artigo 37, como a instituição de uma imprescritibilidade, por mais relevante que seja coibir a lesão ao erário, é desconsiderar os fundamentos, preceitos e diretrizes do Estado de Direito em que vivemos.

Sendo certo que a ação civil pública de ressarcimento, como nos demais casos, não veicula bem jurídico mais relevante para a coletividade do que a ação popular. Nessa vertente, tanto a ação civil pública como a ação popular,¹⁹ possuem o prazo quinquenal como marco limitador aos seus exercícios.

Esse posicionamento que adotamos é compatível com as premissas do Estado Democrático de Direito preconizado em nossa Carta Maior.

Corroborando o que aduzimos, a professora Ada Pellegrini Grinover²⁰ defende a aplicação da prescrição quinquenal para o Órgão do Ministério Público quando ele manejar ação civil pública de ressarcimento: “(...) o fenômeno extintivo inviabilizaria o aforamento de qualquer demanda (por qualquer sujeito legitimado para tanto) objetivando ressarcimento de alegados danos ao erário, forçoso seria – como de fato será – concluir que a consumação do lapso previsto na legislação infraconstitucional haveria de operar, quando menos e para argumentar, a extinção em relação ao Ministério Público que, diante da superação do lapso temporal previsto pela lei, teria – como de fato terá – perdido a pertinência subjetiva para a ação tendente à finalidade mencionada, pertinência que decorre de legitimação extraordinária. A tal conclusão se chega, primeiramente, pela aceitação de que a regra constitucional inserta no artigo 37, § 5º, não pode ser entendida como consagração de uma suposta imprescritibilidade. Por mais relevante que seja, e é – o ressarcimento ao erário, tal pretensão não se distingue substancialmente da defesa do patrimônio público que hodiernamente é feita em centenas ou mesmo milhares de outras demandas pelas quais a Fazenda Pública (União, Estados e Municípios) buscam, por seus procuradores em diferentes níveis, alguma forma de ressarcimento aos cofres públicos. Portanto, é preciso que se extraia do ordenamento um regime unitário e coerente na disciplina dos prazos extintivos que envolvem o patrimônio público.”

A citada doutrinadora esclarece que a legitimidade para ingressar em juízo após os 05 (cinco) anos legais seria da pessoa jurídica cujo patrimônio foi afetado em consonância com o disposto no § 5º, do art. 37, da CF: “No plano material, a legitimação ativa é primariamente da pessoa jurídica cujo patrimônio foi afetado. Sendo assim, a se entender pela imprescritibilidade extraída do § 5º, do art. 37, só pode entender que essa imunidade é

¹⁹ Cf. STJ. Rel. Min. Luiz Fux, REsp nº 545/SP, 1ª T., DJ de 9 dez. 2002, p. 292.

²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação de Improbidade Administrativa - Decadência e Prescrição. In: *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, Nota Dez, nº 33, Ano VII, p. 63-64, 2005.

prerrogativa do titular do direito no plano material do ordenamento. E sua conclusão é também reforçada por regra de hermenêutica segundo a qual as exceções comportam interpretação estrita; o que, na questão jurídica examinada, apresenta dupla conotação. Em primeiro lugar, tem-se que a regra é a da prescritibilidade e, assim, a imprescritibilidade é a exceção (...). Em segundo lugar, a regra é a legitimação ordinária e a exceção é a legitimação extraordinária. Sendo assim, se a lei outorga a legitimação extraordinária, é lícito que ela mesma regule um prazo razoável para que tal legitimação seja efetivamente exercida, sob pena de se extinguir.”²¹

Nessas condições, o exercício da legitimação extraordinária pelo Órgão do Ministério Público para a promoção da ação civil pública de ressarcimento ao erário se submete ao prazo quinquenal. Após o decurso desse prazo, ocorre a perda do direito de acionar.

Por outro lado, a disposição contida no artigo 23, da Lei nº 8.429/92 se aplica integralmente aos atos de improbidade administrativa, não sendo inconstitucional, ao passo que o ressarcimento de prejuízo ou lesão ao erário não possui o limite de marco temporal, quando o autor da ação for o ente de direito público lesado, podendo ser a mesma ajuizada a qualquer tempo, não se confundindo com os trâmites da ação de improbidade administrativa.

Decorridos 05 (cinco) anos do término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou função de confiança, prescreve o direito de acionar em se tratando de improbidade administrativa.

Todavia, se a propositura da ação se deu antes do término do prazo prescricional, a demora na efetivação da citação válida, por culpa exclusiva da máquina judiciária, faz incidir a regra contida na Súmula nº 106 do STJ, que afasta a consumação da prescrição, prevalecendo a data do protocolo de entrada da petição inicial na Justiça.²²

Dessa forma, é de se fazer uma diferenciação na matéria *sub examen*, pois a imprescritibilidade assegurada pelo § 5º, do art. 37, da CF, como já aduzimos, somente

²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ibid.*, p. 68-69.

²² “Agravo de instrumento. I. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Agente político ex-Prefeito. Prescrição. Argüição, citação válida após o decurso do prazo prescricional. Cômputo. Cinco anos após o término do mandato eletivo. Inocorrência. II. Propositura da ação. Despacho inicial. Interrupção da prescrição. II. Demora na citação. Possibilidade. *Ex vi* da Súmula nº 106 do STJ. I. Consumada a citação válida após o decurso do prazo prescricional, mas proposta a ação dentro do quinquídio legal, previsto no inc. I do art. 23 da Lei nº 8.429/92, não há se falar em prescrição do direito de ação. II. Sendo certo que a citação foi válida, forçoso é reconhecer que a interrupção da prescrição retroagirá a *actio nata*, *ex vi* do § 1º do art. 219 c/c 263 do Código de Processo Civil. III. Proposta a ação no prazo fixado para seu exercício e ocorrendo a demora na citação por motivos inerentes aos mecanismos da Justiça, não justifica o acolhimento da argüição de prescrição, inteligência da Súmula nº 106 do STJ. Recurso conhecido e improvido.” (TJ/GO. Rel. Des. Camargo Neto, AI nº 200202011784, 4ª C.C., DJ de 20 mar. 2003).

aplica-se para ações de ressarcimento de dano ao erário, a serem propostas em outra via, que não a da ação de improbidade administrativa: “Agravo de instrumento. Ação civil de improbidade administrativa. Prescrição. Dano ao erário. Encontrando-se prescrita a ação de improbidade administrativa, o que ocorre no prazo de cinco anos a contar do dia seguinte àquele em que o agente deixar o cargo público, não mais é viável utilizar esta via para ressarcimento do dano, que também representa na Lei nº 8.429/92 uma sanção. Imprescritibilidade assegurada pela existência de vias adequadas. Correta inteligência do art. 37, § 5º da CF. Agravo desprovido.”²³

Portanto, proposta a ação de improbidade administrativa, após o prazo prescricional previsto no artigo 23, I, da Lei nº 8.429/92, mesmo que ela cumule pedido de ressarcimento ao erário, não poderá ser recebida pelo Juízo, por ter sido protocolizada fora do prazo legal, face estar prescrito o direito de acionar: “Agravo de instrumento. Administrativo. Constitucional. Processo civil. Decisão que rejeitou preliminares de prescrição e de incompetência da Justiça Federal. Argüidas pelo agravante. Preliminares de irregularidade de intimação e de imprescritibilidade da ação de improbidade. Argüidas pelo agravado em contra-razões. Lei nº 8.429/92. Prescrição da ação acolhida. 1. Apesar da prerrogativa de ser intimado pessoalmente, com a remessa dos autos, a intimação feita ao Ministério Público Federal por meio de ofício e pelo Oficial de Justiça não é irregular, tanto por ser o agravado parte autora da ação como por haver o ato atingido sua finalidade. Assim, não se repelirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte (CPC, art. 249, § 1º). 2. A jurisprudência deste Tribunal firmou-se no sentido de que as verbas da União, oriundas de convênios para fomento e desenvolvimento da educação em sentido amplo, que compreende, além do ensino propriamente dito, as práticas culturais e desportivas, ainda que aplicadas no Estado ou no Município, cuja prestação de contas deve ser feita ao Tribunal de Contas da União, não perdem a natureza originária de verbas públicas federais. Competência da Justiça Federal. 3. A prescrição da ação de ressarcimento de dano por improbidade administrativa ocorre no prazo quinquenal previsto no art. 23, inc. I, da Lei nº 8.429/92, contado ‘após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança’. O prazo não se interrompe pelo exercício subsequente de outra função pública, em sentido *lato*, pois a responsabilidade civil e administrativa decorre do exercício de cargo, função pública ou mandato eletivo em que se verificou a prática de improbidade. Com a exoneração do cargo em 30 de março de 1994 e ajuizamento da ação em 17 de dezembro de 1999, consumado está o lapso prescricional. 4. São imprescritíveis, tão-só, os crimes de racismo e de ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (Constituição Federal, art. 5º, incs. XLII e XLIV). 5. A Lei nº 8.429/92, destinada a tornar efetivas as sanções previstas em seus arts. 9º, 10 e 11, entre os quais a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, não excepcionou da regra da prescrição quinquenal a ação de ressarcimento de dano.”²⁴

²³ TJ/RS. Rel. Des. Rejane Maria Dias de Castro Bins, AI nº 70005302146, 2ª C.C., DJ de 17 jun. 2003.

²⁴ TRF-1ª Região. Rel. Des. Fed. Aloisio Palmeira Lima, AI nº 2001.01.00.035402-8/AM, 1ª T., DJ de 22 abr. 2003, p. 34.

Tal situação não é verificada (prazo prescricional), quando do ajuizamento de execução fiscal, proposta com fundamento nas disposições contidas na Lei nº 6.830/80, mesmo em se tratando de matéria que envolva improbidade administrativa, não incidindo a regra do artigo 23, I, da Lei nº 8.429/92: “Execução fiscal. Art. 23 da Lei nº 8.429/92. Multa. 1. O disposto no art. 23, inc. I, da Lei nº 8.429/92, que regula o prazo prescricional para o ajuizamento da ação de improbidade administrativa, não se aplica à execução fiscal relativa ao débito oriundo de multa decorrente de ausência de prestação de contas pelo Prefeito, uma vez que incidem dispositivos da Lei nº 6.830/80, que disciplina a execução de dívida ativa da Fazenda Pública. 2. Apelação desprovida.”²⁵

Esse esclarecimento se faz necessário para deixar evidenciado que o disposto no artigo 23, da LIA, não se embate com o texto do § 5º, do art. 37, da CF, quando a respectiva ação traz também como pedido, o ressarcimento ao erário público.

Deverá o autor ajuizar, na via adequada, ação de ressarcimento, visando obter o pagamento do dano ou prejuízo causado ao erário.

Portanto, prescrito o direito material em que se funda a ação, deve, de plano, ser a mesma rejeitada pelo Magistrado, quando de seu juízo de admissibilidade, pois o disposto nos incisos I e II, do artigo 23, da Lei nº 8.429/92 especificam os prazos que devem ser observados para a propositura da ação de improbidade administrativa.²⁶

Com efeito, o artigo 23, inciso I, da Lei em comento prevê o instituto da prescrição quinquenal, cuja contagem inicia-se após o término do exercício do mandato, do cargo em comissão ou da função de confiança do agente político.

Desse modo, a fluência do *dies a quo* não é o da data da prática do ato tido como ilícito, em decorrência de que a sua contagem se inicia quando ocorre o término da relação do agente público com o Estado. Em sendo assim, somente com a cessação do vínculo transitório do agente público é que o prazo prescricional começa a fluir, independentemente do dia da prática do ato tido, em tese, como ímprobo e de má-fé.

²⁵ TRF-1ª Região. Rel. Juiz Fed. Convocado Leão Aparecido Alves, Ap. Cível nº 1998.0100.083370-7/MG, 2ª T. Suplementar, DJ de 24 out. 2002, p. 202.

²⁶ “Responsabilidade Civil. Improbidade Administrativa. Prescrição reconhecida. Processo extinto com o exame do mérito. Prefeito e Secretário Municipal que deixaram suas respectivas funções em 1997. Lide ajuizada pelo Ministério Público em 2004. Prescrição evidenciada. Inteligência do artigo 23 da Lei n.º 8.429/92, cuja norma tem o objetivo principal de responsabilizar o Agente que tenha praticado eventual improbidade administrativa. Resto desinfluyente se o suposto Município lesado integrou o pólo ativo da demanda como litisconsorte do Autor ou, ainda, se o M. P. tenha legitimidade para postular ressarcimento ao Erário Público após o prazo quinquenal, já que tal deve ser perseguido em ação autônoma e sede própria. Vários precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça e deste Colendo Sodalício, como transcritos na fundamentação. R. Sentença que ultimou por reconhecer a prescrição que merece prestígio. Recurso que se apresenta manifestamente improcedente. Aplicação do *caput* do art. 557 do C.P.C. c.c. art. 31, inciso VIII do Regimento Interno deste E. Tribunal. Negado Seguimento.” (TJ/RJ. Rel. Des. Reinaldo Pinto Alberto Filho, Ap. Cível nº 2008.001.25087, 4ª C.C., julgado em 18 de mar. 2008).

Portanto, o decurso do prazo prescricional impede que seja proposta a ação de improbidade administrativa contra agentes políticos, servidores públicos que ostentem funções de chefia ou particulares nomeados para exercerem cargos em comissão, sendo o referido prazo de 05 (cinco) anos, contado a partir do término das respectivas funções.²⁷

Já o disposto no inciso II, do artigo 23, da Lei nº 8.429/92, preconiza a incidência do prazo prescricional previsto em Lei específica, no que diz respeito à ação de improbidade administrativa, que responde o servidor público, em relação as infrações disciplinares puníveis com a imposição de demissão “(...) a bem do serviço público, nas situações em que se configurem exercício de cargo efetivo ou emprego.”²⁸

Conforme previsto no inciso acima referido e quando tratar-se de um servidor público que encontrar-se no pólo passivo da ação de improbidade administrativa, deverão ser observados os prazos prescricionais previstos em seu Regime Jurídico (Lei específica).

A Lei nº 8.112/90 (Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos da União), bem como alguns Estatutos dos servidores públicos de vários Estados brasileiros, estabelecem o *dies a quo* do prazo prescricional do processo administrativo disciplinar como sendo o momento em que a infração disciplinar investigada se tornou conhecida/pública, desconsiderando a data em que ela foi, em tese, praticada (quando ocorreu a consumação).

Não se pode concordar com redações indeterminadas de textos legais, pois essas indefinições ferem o próprio plasmado do instituto da prescrição que objetiva, entre outros, possibilitar a segurança jurídica e a paz social. Isso porque a incerteza do *dies a quo* do prazo prescricional não é admitida pelo ordenamento jurídico, em decorrência de que a regra geral é a da prescrição, devendo ser certo o prazo de seu início e de seu término.

Ao contrário, o direito sancionatório traz no postulado da segurança jurídica o seu ponto basilar, sendo defeso a eternização de acusações ou de processos administrativos disciplinares.

O *ius puniendi* do Estado (abstrato) torna-se concreto em decorrência da prática de uma infração disciplinar por parte do servidor público, não sendo contudo ilimitado o exercício do poder punitivo, que encontra limites temporais como consequência da necessidade de não se aviltar o princípio da segurança jurídica, o qual tanto preconizam e enaltecem os países que estabeleceram em suas normas fundamentais o Estado Democrático de Direito.

²⁷ “Processual Civil. Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Prescrição. 1. O termo final para que seja intentada ação civil pública contra ex-prefeito é, nos termos do artigo 23 da Lei nº 8.249/92, de cinco anos a contar do término do mandato. 2. É válida para efeitos de interrupção da prescrição a citação válida do réu em ação civil pública, ainda que o Juízo não houvesse determinado a notificação prévia prevista no artigo 17 do mesmo diploma legal. 3. Recurso especial provido.” (STJ. Rel. Min. Castro Meira, REsp nº 665130/RS, 2ª T., DJ de 2 jun. 2006, p. 113).

²⁸ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O Limite da Improbidade Administrativa – O Direito dos Administrados dentro da Lei nº 8.429/92*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006, p. 813.

Para a concretização do *ius puniendi* do Estado, inicialmente é necessária que a conduta do servidor público infrinja norma legal previamente estabelecida em legislação vigente.

Constatada a prática da infração disciplinar pelo servidor público, o termo inicial da prescrição disciplinar é o do dia em que a mesma foi praticada, sendo ilegal considerar-se o dia de sua ciência pela Administração, pois, como representante do Poder Público, seus atos produzem efeitos jurídicos a partir da ocasião em que foram praticados/consumados.

Em sendo assim, é totalmente ilegal e contraria todos os dispositivos do ordenamento jurídico afirmar-se que um preposto do Poder Público, ao praticar uma infração disciplinar tenha que aguardar a Administração alegar que tomou conhecimento do fato oficialmente/publicamente, a fim de ser responsabilizado por sua prática.

Ora, o servidor público, como preposto do Estado, quando pratica atos representando o seu Órgão ou repartição pública, ao lesar ou violar direitos de pessoas ou terceiros, concede a eles a oportunidade de tentar reformar ou anular seus atos em até 05 (cinco) anos do dia em que foram praticados e não da data da tomada de conhecimento dos referidos atos por parte Administração Pública. Porque inverter esse princípio quando se trata da prática de infração disciplinar (desde que não se trate de um ilícito criminal) por parte do servidor público, ao ponto de considerar o *dies a quo* da prescrição o da data do conhecimento/ciência do fato por parte da Administração Pública?

Não existe justificção para tal ilegalidade, em decorrência de que o prazo prescricional começa a fluir no dia (*dies a quo*) em que se pratica a infração disciplinar.

No caso da infração disciplinar, a situação é bem bizarra, pois ela se subdivide em ilícito criminal e em infração disciplinar que apenas viola normas legais não penais. Assim, elas são divididas em dois grupos: as faltas disciplinares oriundas de um crime previsto no Código Penal e aquelas que não possuem essa característica.

Na infração disciplinar prevista como crime, de acordo com o disposto no § 2º, do art. 142, da Lei nº 8.112/90, o prazo prescricional é contado a partir “do dia em que o crime se consumou”, independentemente da Autoridade administrativa ter tido ciência do fato criminoso, eis que o referido parágrafo remete os prazos de prescrição para a lei penal. Assim, quando a infração investigada for, *v.g.*, peculato, concussão, corrupção passiva, prevaricação, facilitação de contrabando, advocacia administrativa, violação de sigilo funcional, abandono de cargo ou função e etc., o prazo prescricional começa a fluir da consumação do fato ilícito praticado pelo servidor público. Sucede que o mesmo direito administrativo disciplinar estabelece, em relação a infração disciplinar que não seja prevista como crime, outro critério para o termo inicial da prescrição, qual seja, começa a fluir da ciência da infração por parte da Administração Pública e não da prática (consumação) do fato tido como irregular (§ 1º, do art. 142, da Lei nº 8.112/90).O critério adotado pelo Legislador, qual seja, de conhecimento pela Administração Pública é muito vago, pois é cediço que ela é representada pelo agente público de uma maneira geral.

De igual forma, não é especificado pela norma legal qual é a Autoridade administrativa que deverá tomar conhecimento da infração disciplinar.

Ao não estabelecer qual é a Autoridade responsável pelo conhecimento da prática da infração disciplinar, não cabe ao intérprete restringir situação legal onde o Legislador não o fez, para estabelecer que o prazo prescricional de 05 (cinco) anos começaria a fluir a partir da ciência da Autoridade que possui competência para instaurar o processo administrativo disciplinar, como decidido pelo STJ: “(...) comece a correr na data em que a autoridade da Administração tem ciência inequívoca do fato imputado ao servidor, e não apenas a partir do conhecimento das irregularidades pela autoridade competente para a instauração do processo administrativo disciplinar.”²⁹ Mesmo sendo indeterminado o critério adotado pelo artigo 142, §1º, da Lei nº 8.112/90, o operador do direito deve conferir efetividade à regra da prescritibilidade, pois a Administração Pública é representada por seus agentes, que, se tomarem conhecimento da prática de qualquer fato ilegal, são obrigados a solicitar ou determinar a imediata apuração do ilícito disciplinar (art. 143, da Lei nº 8.112/90).

Dessa forma, a infração disciplinar é apurada e investigada desde o seu conhecimento por qualquer dos agentes públicos.

Ora, o problema relativo a prescrição não pode ser objeto de uma regra diversa da prevista no Código Penal, pois tanto no momento da consumação do crime, quanto no dia da ciência por parte da Administração Pública da prática da infração disciplinar, o termo inicial da prescrição deve ser o da data em que o crime se consumou, conforme disposto no artigo 111, I ao VI, do Código Penal, observando-se a previsão de exceções à regra geral contida no inciso I.

Isso porque, o que é relevante para o direito é o momento em que o servidor público pratica o ato contrário ao comando da Lei, violando o bem jurídico tutelado por ela.

Nosso Direito Penal inspirou-se na Lei nº 261, da França, na qual o seu artigo 34, estatui que o prazo prescricional começa a fluir do dia em que foi cometido o delito.

Por essa razão, o art. 79, do Código Penal Brasileiro de 1890, dispôs que: “A prescrição da ação resulta exclusivamente do lapso de tempo decorrido do dia em que o crime foi cometido.”

Assim, desde essa fase do direito penal, estabeleceu-se como regra geral que o prazo prescricional começa a fluir da data em que o “crime se consumou” e não de quando o fato se tornou público/conhecido, para que não ocorra a indevida dilação do prazo prescricional, acarretando incertezas nas relações jurídicas, contrário ao estabelecido na atual redação do artigo 111, inciso I, do Código Penal, cuja rubrica dispõe sobre o termo inicial da prescrição antes de transitar em julgado a sentença final, havendo exceções.

Não é admissível que a Administração Pública beneficie-se da sua inércia para trazer a instabilidade jurídica aos seus subordinados. Contra a instabilidade jurídica gerada

²⁹ STJ. Rel. Min. Laurita Vaz, MS nº 11.974/DF, 3ª S., DJ de 7 mai. 2007, p. 274.

pela imprescritibilidade manifestou-se o Ministro Moreira Alves,³⁰ através de seu brilhante voto vencedor no MS nº 20.069/DF, Pleno, do STF, no qual asseverou que: “(...) se até as faltas mais graves – e, por isso mesmo, também definidas como crimes – são, de modo genérico, suscetíveis de prescrição, no plano administrativo, não há como pretender-se que a imprescritibilidade continue a ser o princípio geral, por corresponder ao escopo da sanção administrativa, ou seja, o interesse superior da boa ordem do serviço público (...) Em matéria de demissão, não há qualquer razão, por causa da gravidade, para se considerar que possa prescrever a pretensão punitiva da Administração Pública, quanto a crimes e à ausência ao serviço, 60 dias interpoladamente sem causa justificada, e não possa prescrever a mesma pretensão, quanto à faltas menos graves do que as definidas como crime e que, como ausência contumaz, são de natureza meramente funcional. Haverá quem sustente que é o interesse superior da boa ordem do serviço público que permite a prescritibilidade, quanto à faltas que configuram crime, e a imprescritibilidade, no tocante a algumas poucas de natureza meramente funcional?”

A seguir, o eminente Ministro Moreira Alves³¹ arremata: “(...) noutras palavras, se os crimes ditos contra a Administração, tipificados no Código Penal estão sob o amparo da prescrição penal, por que motivo não introduziu esse instituto também no âmbito administrativo? Fosse por deliberado propósito, fosse por mera omissão, o vigente Estatuto recusou guarida à prescrição da falta disciplinar. Postou-se, assim, como a célebre espada do episódio de Dâmodos sobre a cabeça do servidor público, acessando-lhe com a ameaça de punição em qualquer época até a mais remota, depois de cometido e olvidado o fato.”

Inexiste lógica jurídica para justificar como a prescrição no direito administrativo sancionador não se opera do mesmo modo para todos os fatos infracionais, em decorrência de que é muito mais amplo do que o direito penal, podendo incidir em campos distintos, como por exemplo: ilícitos fiscais, tributários, econômicos, de polícia, de trânsito, atentatórios à saúde pública, urbanismo, ordem pública,³² disciplinar, etc.

Viola a razoabilidade diferenciar o termo inicial da prescrição, ou seja, quando for oriunda de uma infração disciplinar tipificada como crime, o *dies a quo* é o da data em que esse se consumou, ao passo que se a infração disciplinar for derivada de disposições estatutárias, o termo inicial da prescrição é o da data do conhecimento/ciência por parte da Administração Pública.

É incoerente, infundada e injurídica essa ilegal e irrazoável distinção do termo inicial da prescrição.

A redação do § 1º, do art. 142, da Lei nº 8.112/90 é insustentável, pois ela privilegia a tese da imprescritibilidade da sanção administrativa, como averbado por José Cretella

³⁰ STF. Rel. p/ acórdão Min. Moreira Alves, MS nº 20.069/DF, Pleno, julgado em 24 de nov. 1976, *DJ* de 02 set. 1977, p. 5969. *In: RDA* 135:75.

³¹ STF. Rel. p/ acórdão Min. Moreira Alves. *Ibid.*, *RDA* 135:76.

³² Cf. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: RT, 2005, p. 17.

Júnior:³³ “(...) é insustentável a tese da imprescritibilidade da sanção administrativa, defendida por ilustres cultores do Direito Administrativo, porque o fundamento da prescrição tem de ser buscado na categoria jurídica, sendo o mesmo para o Direito Penal e para o Direito Disciplinar, havendo diferenças, é claro, apenas naquilo que o Direito Positivo de cada país preceituou para uma e outra figura. A prescrição penal e a prescrição administrativa são espécies, repetimos, entre outras, da figura categorial ‘prescrição’, que reponta em vários ramos do Direito, definindo-se genericamente, como ‘a perda do direito de punir, em decorrência do tempo.’ ‘Os Estatutos do funcionalismo brasileiro dispõem que a punibilidade da falta administrativa também prevista em lei como crime, prescreve no mesmo prazo correspondente à prescrição da punibilidade deste. No caso, deixam de vigorar as regras *estatutárias*, estabelecidas pelo Direito Disciplinar e aplicadas quando tudo ainda se passa na esfera administrativa, para prevalecer a orientação do Direito Penal, fixada no capítulo ‘Da extinção da punibilidade’, catalogada na Parte Geral do nosso Código Penal.” –[Aspas e itálico no original]-

Outrossim, no tocante à fixação do *dies a quo* incidente na prescrição, José Cretella Júnior defende também a interpretação extensiva das disposições estatutárias, a fim de que o servidor público se beneficie da regra penal da prescrição, qual seja, “do dia em que o crime se consumou” e jamais “a partir da ciência/publicidade do fato”, *verbis*: “No estudo da prescrição da falta disciplinar, o aspecto mais relevante é a fixação do *dies a quo*, do momento ‘a partir do qual’ principia a fluir o prazo para a extinção da iniciativa de punir. O prazo, na esfera administrativa, pode escoar-se em decorrência: *a*) da inércia da Administração que, conhecendo o fato, deixa, por qualquer motivo, de abrir o devido processo administrativo para apurá-lo; *b*) da ignorância ou insciência do fato; *c*) do processo administrativo aberto, mas indefinidamente prolongado, até a prescrição, pelo decurso do tempo, fixado no Estatuto.’ ‘A terceira hipótese é equiparada também ao que decorre na esfera do Direito Penal quando, cometida a infração, a prescrição atinge o poder punitivo do Estado, antes da condenação, no decorrer do processo, cumprindo à Administração distinguir se trata de ilícito administrativo puro ou ilícito administrativo crime.’ ‘Em suma, a extrema gravidade da pena de demissão, não há a menor dúvida de que se deve dar às disposições estatutárias pertinentes interpretação extensiva, a fim de que o agente beneficie-se com as regras penais da prescrição ‘a partir do fato’ e jamais ‘a partir da ciência do fato’. Do contrário, chegaríamos ao absurdo, repetimos, de ser beneficiado com a regra da prescrição penal o agente público que cometeu crime contra a Administração ao qual o Estatuto comina a pena de demissão e de ser prejudicado com a regra da prescrição estatutária o funcionário que cometeu puro ilícito administrativo, ao qual, também, a pena cominada é a demissão.” –[Aspas e itálico no original]-

Incorporando essas razões, o Ministro Fernando Gonçalves,³⁴ no caso do disposto no inciso IX, do art. 117, da Lei nº 8.112/90, que versa sobre a violação à dignidade da função pública, conferiu interpretação extensiva das disposições estatutárias às regras penais da prescrição e estabeleceu o *dies a quo* a partir da ocorrência do fato: “(...) na

³³ CRETELLA JÚNIOR, José. Prescrição Administrativa. *In: Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 544/12.

³⁴ STJ. Rel. Min. Fernando Gonçalves, MS nº 6877/DF, 3ª S., DJ de 21 mai. 2001, p. 55.

espécie, o art. 117, IX, da Lei nº 8.112/90, deve a prescrição regular-se pelo art. 142 daquele Diploma Legal, que prevê o prazo de cinco anos, contados a partir da ocorrência do fato, em face da extrema gravidade da pena de demissão.”

Também não se pode deixar de olvidar que “a punição administrativa guarda evidente afinidade, estrutural e teológica, com a sanção penal”,³⁵ o que leva a concluir que não existe fundamento razoável capaz de validar a discriminação *sub oculis* do *dies a quo* da prescrição, inclusive para as mesmas penas disciplinares.

Avalisando a presente tese, o insigne Procurador Regional da República Brasilino Pereira dos Santos,³⁶ manifestou o seu inconformismo com a separação do direito administrativo para com o direito penal quando a prescrição for regulada pelo § 1º, do art. 142, da Lei nº 8.112/90, definindo tal situação como “um tamanho absurdo”, em decorrência de que “conta-se a prescrição do momento da consumação do crime, apenas excetuando-se a hipótese de falsidade de assentamento de registro civil.”

Para Edmir Netto de Araújo,³⁷ a situação narrada se afigura como uma aberração dos dispositivos estatutários federais, *verbis*: “(...) certas aberrações decorrentes dos dispositivos estatutários, especialmente federais, como se acham em vigor, mesmo cumprida a determinação constitucional (art. 37, § 5º) para fixação, por lei, dos prazos de prescrição de ilícitos administrativos. 1) a primeira delas: a prescrição da ação disciplinar do ilícito administrativo que ocasiona demissão, mesmo agravada, tem seu termo inicial da data do conhecimento da infração, ao passo que a falta-crime a tem na data do fato. Ou seja, é provável que, muitas vezes, a infração mais grave deixe de ser punível antes da infração menos grave. 2) A fixação do *dies a quo* na data do conhecimento da autoridade, e interrupção da prescrição pela instauração do respectivo procedimento administrativo levam a outros absurdos: será quase impossível ao servidor, especialmente federal, na prática livrar-se da ameaça de punição.” -[Itálico e parênteses no original] - O direito não pode atuar objetivando a eternização de uma futura punição disciplinar, capaz de ser manejada quando a Administração Pública se dignar a afirmar que tomou conhecimento de um fato após o transcurso do tempo. O *ius puniendi* não é absoluto e eterno, ele se sujeita à regra da segurança jurídica e do princípio da razoabilidade, dentre outros, exatamente para possibilitar a paz coletiva, afastando a idéia de um processo perpétuo.³⁸

³⁵ STJ. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, REsp nº 19560/RJ, 1ª T., DJ de 18 out. 1993, p. 21.841.

³⁶ SANTOS, Brasilino Pereira dos. *O prazo da prescrição de punição disciplinar começa a correr do momento em que o fato se tornou conhecido?*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2278>>. Acesso em: 08 de jul. 2007.

³⁷ ARAÚJO, Edmir Netto de. *O Ilícito Administrativo e seu Processo*. São Paulo: RT, 1994, p. 249.

³⁸ Serrano Neves, com maestria repudiou a idéia do processo perpétuo: “O *ius puniendi* – convenhamos – nos regimes organizados sob claros e sólidos princípios liberais e libertários, não pode ser *absoluto e perpétuo*. Há de sujeitar-se, necessariamente, a certas restrições. Por mais respeitável que seja, em sede de direito penal disciplinar, o *criterium* tradicionalista, não nos parece muito respeitável a idéia de que o Estado, por si ou por seus órgãos de administração delegada, deve, *humanamente*, cercar seus administrados de umas tantas garantias, como, por exemplo, as *consequentes* ou *decorrentes* de sua própria *inércia*, ou *omissão*, ou *esquecimento*, ou *indiferença*

O prazo de 05 (cinco) anos, contados a partir da prática do fato tido como irregular não é suficiente para promover a apuração disciplinar, e se for o caso, após o *due process of law*, impor a penalidade cabível? Entendemos que esse critério é mais do que suficiente para apurar a prática ou não de uma infração disciplinar, sem que ocorra impunidade.

Em nossa Obra intitulada “Lei nº 8.112/90 Interpretada e Comentada: Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos da União”, averbamos que: “O prazo de prescrição é contado da data do ato tido como violador de deveres funcionais, pois não se admite, em hipótese alguma, que a Administração Pública não conheça seus atos, que são públicos a todos, sendo-lhe defeso alegar torpeza ou desconhecimento.”³⁹

Portanto, a interrupção do início da contagem do prazo de prescrição até que a Administração Pública declare que tomou conhecimento/ciência do fato tido como infracional não se coaduna com o instituto da prescrição que permeia os Estados Democráticos de Direito.

Da forma como está sendo interpretado pelo Poder Público o disposto no § 1º, do artigo 142, da Lei nº 8.112/90, não é recepcionado pela redação do artigo 5º, LXXVIII,⁴⁰ da Constituição Federal, que assegura à todos, no âmbito judicial e administrativo, duração razoável do processo, com a utilização de meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Ora, não é mais admissível que possa haver na legislação infraconstitucional preceito capaz de impedir o curso da prescrição no processo administrativo disciplinar de forma permanente, até que a Administração Pública declare a sua ciência ou conhecimento do fato tido como violador de deveres funcionais, praticado por seu preposto e em seu nome.

A posição filosófica-política de que o Estado está acima de tudo e de todos já foi superada pelo Direito Constitucional moderno, em decorrência de que a essência do poder é a manutenção da preservação do homem, não como servo, mas como destinatário de princípios fundamentais, direitos, garantias e deveres.

quanto ao uso, por ele próprio, e segundo a lei, do direito de processar e de punir. - ‘Sob os regimes realmente liberais – fundados, pois, em postulados rigorosamente democráticos – não se tolera a idéia de *processo perpétuo*, seja este relativo ao direito comum, seja ao disciplinar.’” –[Aspas, itálico e negrito no original]- (In: Decadência e Prescrição no Processo Disciplinar. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Estado da Guanabara, v. 3, Ano II, p. 206), *apud* SANTOS, Brasilino Pereira dos. *O prazo da prescrição de punição disciplinar começa a correr do momento em que o fato se tornou conhecido?*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2278>>. Acesso em: 08 de jul. 2007, p. 7-8.)

³⁹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Lei nº 8.112/90 Interpretada e Comentada : Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos da União*. 3. ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006, p. 86.

⁴⁰ Art. 5º, LXXVIII, da CF – “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Partindo dessa indelegável premissa, todos os cidadãos/servidores públicos passam a ter constitucionalmente assegurada não só a prestação da tutela jurisdicional tempestiva, como também a celeridade na tramitação dos processos administrativos disciplinares.

Sendo entendido como celeridade a fluência de um tempo razoável no transcurso de processos judiciais e administrativos, contrapondo-se a sua interrupção ou suspensão *ad eternum* do prazo prescricional no processo administrativo disciplinar, em decorrência de que o Poder Público também é destinatário do comando constitucional a que alude o inciso LXXVIII, do art. 5º, da CF.

IV. – DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO DIRECIONADO PARA O PARTICULAR/TERCEIRO

O instituto da prescrição é matéria de ordem pública, podendo ser alegada em qualquer grau de jurisdição de ofício ou pela parte a quem aproveita.

Todavia, na situação jurídica da fluência da prescrição para o particular/terceiro que tenha concorrido para a prática do ato de improbidade administrativa do agente público a lei é silente, não estabelecendo uma regra clara para sua aplicação, nem estipulando o seu *dies a quo*.

Isso porque o disposto no inciso I, do artigo 23, da Lei de Improbidade Administrativa, fixa em 05 (cinco) anos o prazo prescricional após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança, deixando de incluir em seu contexto legal o particular/terceiro que não possua vínculo público.

Diante da omissão da supra referida norma legal, que não refere-se a situação jurídica dos particulares/terceiros prevalece a regra geral da prescrição, que é de 05 (cinco) anos, contados do fato tido como irregular ou ilícito. Esse raciocínio decorre da disposição contida no artigo 2º, do Decreto nº 20.910/32, que fixa o prazo prescricional de 05 (cinco) anos para o exercício de “todo o direito”, sem exceção, contra a Fazenda Pública ou dela para com os administrados.

Dessa forma, o prazo prescricional para o particular/terceiro que não exerça função pública deve ser de 05 (cinco) anos, contados da data da prática do ato tido como ímprobo, pois do contrário, haverá contradição com a regra geral de prescrição.

A omissão do referido texto legal tem induzido os operadores do direito a efetuarem interpretações equivocadas, fortuitas ou desarrazoadas, em decorrência de que a situação jurídica do particular/terceiro não investido em função pública, em termos prescricionais, deixou de ser incluída no âmbito do citado comando legal sendo estendida a ele, portanto, analogicamente, a regra prescricional prevista para o agente público.

Deve-se observar para a presente situação legal o preceito contido no artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, pois o mesmo não revoga a regra geral da prescrição quinquenal para o particular/terceiro.

Assim, diferentemente do que aplica-se ao agente público, para o particular/terceiro vigora a regra geral, que prevê o *dies a quo* da prescrição como sendo aquele em que ocorreu a prática ou a participação do particular/terceiro para a concretização do ato ímprobo.

Dessa forma, o prazo prescricional será de 05 (cinco) anos, a partir da prática do fato ilícito. Após o exaurimento desse prazo quinquenal, fica inviabilizada a propositura de ação de improbidade administrativa contra o particular/terceiro, em decorrência de ter-se operado a prescrição que atinge, além do direito de punir do Estado, também o direito de ação.

Diante do aduzido, verifica-se que essa grave e irreparável falha legislativa existente na LIA vem acarretando inúmeras injustiças, inclusive com o manejo indevido de natimortas ações, cujo direito material já foi atingido pela prescrição quinquenal, justamente por interpretar-se erroneamente que o *dies a quo* do prazo prescricional conta-se a partir da ciência/publicidade do fato pela Autoridade Pública e não do dia em que o ato de improbidade foi praticado (regra geral) e aplicável *in casu*.

Exemplo de equívoco de interpretação da presente regra do instituto da prescrição foi o proferido no REsp nº 965340/AM, Rel. Min. Castro Meira, 2ª T., DJ de 8 out. 2007, p. 256, onde decidiu-se: “(...) 2. O ato de improbidade administrativa, em qualquer das modalidades previstas nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92 (enriquecimento ilícito, dano ao erário ou violação dos princípios da Administração Pública), constitui transgressão disciplinar punível com a pena de demissão, o que fixa o prazo prescricional, na esfera federal, em cinco anos, a partir da data em que o fato se tornou conhecido, conforme inciso VI do artigo 132 c/c § 1º do artigo 142, ambos da Lei 8.112/90. 3. Se alguém estranho ao serviço público praticar um ato de improbidade em concurso com ocupante de cargo efetivo ou emprego público, sujeitar-se-á ao mesmo regime prescricional do servidor público. Precedente.”

Entretanto, não há como equiparar as regras do instituto da prescrição aplicáveis tanto ao particular/terceiro, quanto ao servidor público, em decorrência de que são regimes jurídicos diferentes e totalmente distintos. A conduta do servidor público é regida por dispositivos constantes da Lei nº 8.112/90 (Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos da União), no âmbito Federal e demais Estatutos na esfera Estadual e Municipal, não aplicáveis a quem não pertencer aos quadros públicos. Em sendo assim, o *dies a quo* do prazo prescricional aplicável aos servidores públicos e agentes políticos, previsto no artigo 23, inciso I, da Lei nº 8.429/92, jamais será extensivo aos particulares que concorreram para a prática do ato de improbidade administrativa,⁴¹ porquanto os regimes jurídicos de aplicação do instituto da prescrição são diferentes, não se comunicando entre si.

⁴¹ Em sentido contrário ao nosso entendimento: STJ. Rel. Min. Francisco Falcão, REsp nº 704323/RS, 1ª T., DJ de 6 mar. 2006, p. 197.

Tal assertiva é verdadeira, uma vez que o Legislador não incluiu no contexto do inciso I, do artigo 23, da Lei nº 8.429/92, o particular/terceiro como destinatário da aplicação do prazo prescricional nele constante.

Assim quando o STJ interpreta que a conduta do particular/terceiro se insere no bojo da Lei Especial que rege somente os atos praticados pelo agente público, para suprir a omissão legislativa constante da Lei nº 8.429/92 que deixou de incluir em seus dispositivos o particular/terceiro no aspecto referente a prescrição, violou o próprio ordenamento jurídico, porquanto *jamais* o particular/terceiro, não funcionário/agente público poderá ser objeto da aplicação da Lei do Regime Jurídico Único de Servidores Públicos.

Ao particular/terceiro que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade administrativa é aplicado o que vem estatuído no Decreto nº 20.910/32, que estabelece a prescrição quinquenal,⁴² fixando o *dies a quo* do seu prazo a data da prática do fato tido como ilícito.

Pode parecer que não há diferença entre a aplicação das regras do instituto da prescrição em relação ao agente público e ao particular/terceiro, mas na prática, existe grande diferença entre uma e outra situação jurídica.

Isso porque ao agente público são aplicáveis 03 (três) regras diferentes de prescrição, quais sejam: 1)- o prazo prescricional começa a fluir da data do conhecimento/ciência do fato infracional pela Administração Pública; 2)- se o ilícito praticado for de natureza criminal, a prescrição é regulada por dispositivos constantes no Código Penal; 3)- interrupção parcial da fluência do prazo prescricional quando é instaurado processo administrativo disciplinar para apurar o mesmo ilícito praticado, objeto da ação de improbidade administrativa.

Para o particular/terceiro o Decreto nº 20.910/32 prevê a ocorrência da prescrição quinquenal a partir do fato ilícito praticado, sem nenhuma condicionante especial.

Por outro lado, a Lei nº 7.347/85 (Ação Civil Pública) não contém dispositivo expresso sobre o instituto da prescrição, deixando uma lacuna similar a existente na LIA.

Deve, portanto, o intérprete e o operador do direito utilizarem-se, por analogia, em relação ao instituto da prescrição, dos dispositivos constantes do Decreto nº 20.910/32 e, também por guardar similitude com a ação de improbidade administrativa as disposições previstas na Lei nº 4.717/65 que regula a ação popular, observando e aplicando o prazo de 05 (cinco) anos contados a partir da prática do fato ilícito.

⁴² “Processual Civil. Administrativo. Ação contra a Fazenda Pública. Militar. Promoção. Ressarcimento por preterição. Prescrição. Fundo de direito. Decreto nº 20.910/32. - A prescrição quinquenal das ações contra a Fazenda Pública atinge o fundo de direito quando o ato lesivo da Administração negar a situação jurídica fundamental em que se embasa a pretensão veiculada. - Extinção do processo pela prescrição. - Recursos especiais não conhecidos.” (STJ. Rel. Min. Vicente Leal, REsp nº 398222/RJ, 6ª T., DJ de 1º jul. 2002, p. 422).

Nesse sentido, transcreve-se parte do teor do julgado no REsp nº 406545/SP, *verbis*: “6. A Ação Civil Pública não veicula bem jurídico mais relevante para a coletividade do que a Ação Popular. Aliás, a bem da verdade, hodiernamente ambas as ações fazem parte de um microsistema de tutela dos direitos difusos onde se encartam a moralidade administrativa sob seus vários ângulos e facetas. Assim, à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, inafastável a incidência da analogia *legis*, recomendando o prazo quinquenal para a prescrição das Ações Cíveis Públicas, tal como ocorre com a prescritibilidade da Ação Popular, porquanto *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*.”⁴³

É cediço que a Lei nº 8.429/92 é silente no que pertine ao prazo prescricional para o particular/terceiro que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade administrativa. Em decorrência dessa lacuna, a aplicação analógica de outros comandos legais já declinados sugere: 1)- tanto a Lei nº 7.947/85, quanto a Lei nº 8.429/92 (apenas para o particular/ terceiro) deverão seguir a regra constante da Lei que regula a Ação Popular, a qual prevê o prazo prescricional de 05 (cinco) anos; 2)- aplicar a regra geral do instituto da prescrição quinquenal prevista em dispositivos constantes do Decreto nº 20.910/32.

Todavia, com a finalidade de dirimir dúvidas sobre a matéria, a Medida Provisória nº 2.180-35, de 24/08/2001, introduziu o artigo 1º - C na Lei nº 9.494/97 (que alterou a Lei nº 7.347/85), estabelecendo o prazo prescricional de 05 (cinco) anos para as ações que pleiteiam indenização por danos causados por intermédio de agentes de pessoas jurídicas de direito público e privado prestadoras de serviço.⁴⁴

A ação civil pública, tal qual a ação de improbidade administrativa, não vinculam bem jurídico mais relevante para a coletividade do que a ação popular, em decorrência de que todas elas visam resguardar a tutela dos direitos difusos, preconizando pela moralidade e probidade administrativa, entre outros relevantes valores.

Portanto, a analogia *legis* recomenda a aplicação da prescrição para o terceiro /particular compatível com o prazo quinquenal estabelecido como regra para a propositura da ação popular: “Processual Civil. Recurso Especial. Ação Civil Pública. Ressarcimento de danos ao Patrimônio Público. Prazo prescricional da ação popular. Analogia (*ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*). Prescrição reconhecida. 1. A Ação Civil Pública e a Ação Popular veiculam pretensões relevantes para a coletividade. 2. Destarte, hodiernamente ambas as ações fazem parte de um microsistema de tutela dos direitos difusos onde se encartam a moralidade administrativa sob seus vários ângulos e facetas. Assim, à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, inafastável a incidência da analogia *legis*, recomendando o prazo quinquenal para a prescrição das Ações

⁴³ STJ. Rel. Min. Luiz Fux, REsp nº 406545/SP, 1ª T., DJ de 9 dez. 2002, p. 292.

⁴⁴ “Art. 4º - A Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos: Art. 1º - C. Prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.”

Civis Públicas, tal como ocorre com a prescritibilidade da Ação Popular, porquanto *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*. Precedentes do STJ: REsp 890552/MG, Relator Ministro José Delgado, DJ de 22.03.2007 e REsp 406.545/SP, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 09.12.2002 (...).”⁴⁵

Em sentido rigorosamente idêntico ao acima declinado, a ilustre Desembargadora Letícia Sardas, ao relator o AI nº 2007.002.08310,⁴⁶ assim se posicionou: “Agravamento de Instrumento. Decisão que recebeu ação civil pública. Prescrição quinquenária. Imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário. Provimento do apelo. 1. O Ministério Público, ora apelado, imputa ao agravante e à Construtora e Fornecedora de Material Madre Constança Ltda a prática de superfaturamento de preços em contrato celebrado entre o Município de São Gonçalo e a referida Construtora, à época em que o agravante foi Prefeito (01/01/97 a 31/12/00). 2. O agravante sustenta entre outras coisas a incidência da prescrição. 3. A ação foi proposta em 28/04/06 (fls. 63), o agravante foi notificado na forma do art. 17 § 7º da Lei 8.429/92 em 27/06/2006 (fls. 108) e a citação foi determinada em 27/02/2007 (fls. 59). 4. Considerando que o mandato do agravante exauriu em dez/00 e a ação só foi proposta em abril de 2006, decorreram mais de 5 (cinco) anos. 5. Apesar de a Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.947/85) não conter dispositivo expresso sobre a prescrição deve ser aplicada analogicamente a regra do Decreto nº 20.910/32, ou, por guardar estrita similitude com a ação popular, a Lei nº 4.717/65, que estabelece em seu art. 21, o prazo prescricional de 5 (cinco) anos. 6. Precedentes jurisprudenciais do STJ. 7. Entender a regra constitucional inserta no § 5º do art. 37 como a consagração de uma imprescritibilidade, por mais relevante que seja coibir o sangramento ao erário, é subtrair o Estado de Direito em que vivemos. 8. A conclusão é de que a norma constitucional prevê duas situações distintas: uma relativa à sanção pelo ato ilícito, outra relacionada à reparação do prejuízo, a ser proposta em outra via, que não é a da ação de improbidade administrativa. 9. Provimento do recurso para acolher a prescrição suscitada e declarar extinta a ação principal com resolução do mérito.”

Não resta dúvida que diante da grave omissão legislativa constatada no texto do artigo 23, incisos I e II, da Lei nº 8.429/92, vige a regra da prescrição prevista em dispositivos da Lei que regula a Ação Popular para o particular que responder aos termos de uma ação de improbidade administrativa, em decorrência de que não é possível aplicar-se o preceito contido no inciso I, do aludido artigo 23, porquanto o particular não se insere no rol das pessoas abrangidas pelo Estatuto dos Servidores Públicos (Lei especial).

Destarte, o prazo prescricional a ser aplicado ao caso concreto que responde o particular/terceiro por ter infringido dispositivos constantes da LIA, deve ser aquele previsto na Lei que regula a Ação Popular, em decorrência de que eles se compatibilizam com o que vem estatuído no Decreto nº 20.910/32 (Lei Geral), em conformidade com as disposições previstas na Lei de Introdução ao Código Civil.

⁴⁵ STJ. Rel. Min. Luiz Fux, REsp nº 727131/SP, 1ª T., DJ de 23 abr. 2008, p. 1.

⁴⁶ TJ/RJ. Rel. Des. Letícia Sardas, AI nº 2007.002.08310, 20ª C.C., julgado em 17 de out. 2007.

Isso porque, o artigo 21, da Lei nº 4.717/65 estabelece o prazo prescricional de 05 (cinco) anos para a propositura da ação popular.⁴⁷

V. - OPERANDO-SE O DECURSO DO PRAZO DE 05 (CINCO) ANOS PREVISTO EM LEI O ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PERDE A SUA LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA PARA INGRESSAR COM A AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO PÚBLICO

Após a análise do instituto da prescrição, é de se perquirir se o Órgão do Ministério Público possui legitimidade *ad causam* para propor a ação de ressarcimento ao erário, após o decurso do prazo de 05 (cinco) anos, da prática do ato ilícito.

Para tanto, faz-se necessário transcrever o disposto no § 5º, do artigo 37, da CF: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”

Independentemente da lesão causada ao erário e da gravidade do ilícito praticado, é de se ressaltar que a legitimidade ativa para propor ação de ressarcimento é do ente de direito público lesado, destinatário, inclusive, de um posterior título judicial que determinará a devolução ao erário público dos valores desviados de seu patrimônio.

Já a legitimação extraordinária é aquela que resulta de dispositivo previsto em Lei (art. 6º, do CPC), onde a parte está autorizada para agir em juízo, em nome próprio, como autor ou réu na defesa de direito alheio.

Em relação a prática de atos de improbidade administrativa que possam causar lesão ao erário público, inexistente dúvida que a legitimação ordinária é do ente de direito público que tenha sofrido a lesão que ocasionou a diminuição de seu patrimônio. A redução patrimonial ocorrida gera a legitimação ativa, em primeiro lugar, da pessoa jurídica de direito público cujo patrimônio foi aviltado pela prática de ato ilícito por agente público ou por terceiros.

Nesse sentido, ao interpretar-se como imprescritível a ação de ressarcimento ao erário público (artigo 37, § 5º, da CF) e, em sendo o titular do direito de acionar o ente

⁴⁷ “Prescrição. Ação Civil Pública. Ministério Público Estadual. EDIS. Devolução de diferença de vencimentos além do devido. Prescrição quinquenal. Existência. Se as eventuais irregularidades teriam ocorrido no ano de 1990 e a ação civil pública somente foi proposta em 1998 já se havia consumado, portanto, o prazo prescricional. Na falta de dispositivo expresso na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública. Aplicação analógica e subsidiariamente, por guardar estrita similitude com a ação popular, a Lei 4.717/65, que, em seu art. 21, estabelece por prazo prescricional de 05 (cinco) anos. Recurso do autor desprovido.” (TJ/SP. Rel. Des. Xavier de Aquino, AC nº 164.059-5, 5ª Câmara de Direito Público, julgado em 21 de jun. 2001).

público lesado, tem-se que, essa prerrogativa, de propor a ação a qualquer tempo, é do titular do direito no plano material do ordenamento jurídico.

Isso porque, a prescrição é a regra, sendo exceção a imprescritibilidade que, *in casu*, refere-se a ação de ressarcimento ao erário público. Sendo certo que, “a sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.” (art. 18, da Lei nº 8.429/92).

Por outro lado, tem-se que a regra é a legitimação ordinária (ente público lesado) e a exceção é a legitimação extraordinária (Órgão do Ministério Público). Em sendo assim, é factível que a Lei regule a matéria, de modo razoável, para que a legitimação extraordinária seja efetivamente exercida, sob pena de se extinguir tal direito subsidiário.

E conforme aduzido alhures a Lei nº 8.429/92, pelo disposto em seu artigo 23, incisos I e II, estabeleceu o lapso temporal para o exercício do direito de propor a ação de improbidade administrativa.

Ocorrendo o decurso do prazo prescricional previsto no artigo 23, da Lei nº 8.429/92, cessa a legitimidade extraordinária do Órgão do Ministério Público, inclusive para ingressar em Juízo com ação de ressarcimento ao erário.

Isso porque, o Legislador originário ao facultar para o Órgão do Ministério Público o direito de extraordinariamente ingressar com a ação de improbidade administrativa, submeteu-o aos prazos previstos no artigo 23 e seus incisos, da Lei nº 8.429/92.

Posiciona-se no mesmo sentido a jurista Ada Pellegrini Grinover:⁴⁸ “(...) o decurso do prazo previsto pelo art. 23 da Lei nº 8.429/92 se opera também em relação a pretensão de ressarcimento do erário, impondo, quando menos a extinção da legitimação extraordinária do Ministério Público.”

É de salientar-se que a Constituição Federal estabeleceu a legitimidade ativa do Órgão do Ministério Público para as seguintes providências/ações:

- promover privativamente a ação penal pública, na forma da Lei (art. 129, I, CF);
- ingressar com ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos na CF (art. 129, IV, da CF);
- defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas (art. 129, V, da CF);
- expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los na forma da lei complementar respectiva (art. 129, VI, da CF).

⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação de Improbidade Administrativa - Decadência e Prescrição. *In: Revista Interesse Público*. Op. cit. ant., p. 69.

Por sua vez, o inciso IX, do artigo 129, da CF, ao tempo em que confere ao Órgão do Ministério Público o direito de exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, *veda a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas*.

Em sendo assim, exaurida a legitimidade extraordinária do Órgão do Ministério Público para ingressar com a ação de improbidade administrativa, incluindo nesse contexto a ação de ressarcimento ao erário, caberá a pessoa jurídica de direito público lesada tomar as medidas legais para reaver o que lhe foi retirado ilícitamente.

Em convergência com o que aduzimos, cita-se o posicionamento adotado no REsp nº 246698/MG:⁴⁹ “Processual Civil. Ação Civil Pública em defesa do patrimônio público. Hipóteses de cabimento. Legitimidade do Ministério Público. Limites. 1. A função institucional do Ministério Público, de promover ação civil pública em defesa do patrimônio público, prevista no art. 129, III, da Constituição Federal, deve ser interpretada em harmonia com a norma do inciso IX do mesmo artigo, que veda a esse órgão assumir a condição de representante judicial ou de consultor jurídico das pessoas de direito público. 2. Ordinariamente, a defesa judicial do patrimônio público é atribuição dos órgãos da advocacia e da consultoria dos entes públicos, que a promovem pelas vias procedimentais e nos limites da competência estabelecidos em lei. A intervenção do Ministério Público, nesse domínio, somente se justifica em situações especiais, em que se possa identificar, no patrocínio judicial em defesa do patrimônio público, mais que um interesse ordinário da pessoa jurídica titular do direito lesado, um interesse superior, da própria sociedade. 3. No caso, a defesa judicial do direito à reversão de bem imóvel ao domínio municipal, por alegada configuração de condição resolutória da sua doação a clube recreativo, é hipótese que se situa no plano dos interesses ordinários do Município, não havendo justificativa para que o Ministério Público, por ação civil pública, atue em substituição dos órgãos e das vias ordinárias de tutela. 4. Recurso especial a que se nega provimento.”

Sendo averbado pelo Ministro Relator Teori Albino Zavascki em seu voto condutor, que: “A conjugação dos dois dispositivos constitucionais acima referidos deixa evidenciado que, ordinariamente, a defesa judicial do patrimônio público é atribuição dos órgãos da advocacia e da consultoria dos entes públicos, que a promovem pelas vias procedimentais e nos limites da competência estabelecidos em lei. Portanto, ordinariamente, o Ministério Público não está legitimado a atuar em defesa da Administração Pública. A sua intervenção nesse domínio, conseqüentemente, somente se justifica em situações não ordinárias, ou seja, em situações especiais. Que situações seriam essas? São as situações em que, no patrocínio judicial em defesa do patrimônio público, se possa identificar um interesse superior, que, por alguma razão objetiva e clara, transcende ao interesse ordinário da pessoa jurídica titular do direito lesado. Assim ocorre quando, pela natureza da causa, da magnitude da lesão, ou pelas pessoas envolvidas ou por outra circunstância objetiva, a eventual lesão trazer um risco, não apenas restrito domínio da pessoa jurídica, mas a valores especialmente protegidos, de interesse a toda a sociedade. É o que ocorre, por exemplo, quando o patrimônio público é lesado pelo próprio administrador (improbidade

⁴⁹ STJ. Rel. Min. Teori Albino Zavascki, REsp nº 246698/MG, 1ª T., DJ de 18 abr. 2005, p. 213.

administrativa) ou quando os órgãos ordinários de tutela judicial do patrimônio público se mostrarem manifestamente omissos ou impossibilitados de atuar (o que põe em risco o funcionamento da instituição pública). Nessas ou em outras situações especiais semelhantes, em que o interesse superior esteja devidamente justificado é que se poderá considerar legítimas a atuação do Ministério Público e a utilização da ação civil pública para o exercício da pretensão à tutela jurisdicional.”

Destarte, o Órgão do Ministério Público em situações excepcionais e extraordinárias se encontra legitimado, desde que dentro do prazo estabelecido pela Lei, para exercer o seu direito de ação, inclusive como forma de demonstrar a sua tão necessária atuação. Ultrapassado o prazo previsto em Lei, não há como se justificar a manutenção da legitimação excepcional do Órgão do Ministério Público.

Operando-se o decurso do prazo prescricional, relacionado ao direito material em que se funda a ação de improbidade administrativa, extingue-se a legitimidade ativa do ente de direito público lesado, bem como a legitimidade extraordinária do Órgão do Ministério Público, em decorrência da estabilização da situação de fato, face a inércia dos legitimados que não promoveram as medidas cabíveis no prazo legal, em prol da segurança jurídica.

Contudo, não havendo ressarcimento ao erário, em decorrência da lesão sofrida pela prática de ato ilícito, compete a pessoa jurídica de direito público que sofreu o prejuízo financeiro ingressar em Juízo com a devida ação de ressarcimento, em face da extinção da legitimidade *ad causam* do Órgão do Ministério Público, que deixou transcorrer *in albis* o prazo legal para exercer o seu direito de propor a respectiva ação (decadência), em face da imprescritibilidade do ressarcimento direcionar-se para o ente público que sofreu a lesão.

Isso porque, mesmo sendo imprescritível, em tese, o direito de ressarcimento ao erário, não se pode deixar de observar que a não propositura da competente ação pelo Órgão do Ministério Público no prazo legal (art. 23, da Lei nº 8.429/92) opera a decadência, não havendo como suspender ou interromper o prazo extintivo da legitimidade extraordinária do representante do *parquet* federal ou estadual em ingressar com a referida ação.⁵⁰

VI. – CONCLUSÃO

Após a presente explanação, concluímos que uma vez operada a prescrição fica obstada a instauração do inquérito civil público bem como, o posterior ingresso em Juízo

⁵⁰ Nesse sentido, posiciona-se Ada Pellegrini Grinover: “(...) quanto ao ressarcimento ao erário, porque, conforme amplamente demonstrado, a Constituição Federal não pode ser interpretada no sentido de consagrar, nesse caso, a imprescritibilidade. Quanto menos, também na linha do quanto fundamentado, é de se entender que o decurso do prazo previsto pelo art. 23, da Lei nº 8.429/92 há que acarretar a extinção da legitimação extraordinária de que é investido o Ministério Público para a propositura da ação de responsabilidade por improbidade administrativa.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação de Improbidade Administrativa - Decadência e Prescrição. *In: Revista Interesse Público*. Op. cit. ant., p. 89).

com as ações civil pública e de improbidade administrativa, pois o ordenamento jurídico criou lapso temporal para o exercício do direito material.

O Ministério Público, como fiscal da lei possui a obrigação de respeitá-la, mesmo que em tal situação lhe seja retirado o direito de jurisdição.

A estabilidade jurídica, preconizada pela Constituição Federal, é um dos fatores imperantes do instituto da prescrição.

Portanto, pelas razões expostas, prescrito o direito investigado, não haverá resultado útil em manter-se efetivo o inquérito civil público e nem tampouco propor-se uma futura ação de improbidade administrativa.

Rio de Janeiro, 17 de outubro de 2008.